Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen

nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Schweizerischen Obligationenrecht.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

bei der

Juristischen Fakultät der Universität Leipzig,

eingereicht von

Henri Tschudi,
Schwanden (Schweiz).

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Torgau
Torgauer Druck- und Verlagshaus G. m. b. H.
1914.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0100

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung 1

I. Abteilung.

Die Diligenzpflicht des Gläubigers nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1. Die Schutzmittel, die sich aus der Bürgschaft als einem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Vertrage ergeben 4
§ 2. Die Schutzmittel des Bürgen, die sich aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung ergeben 7
§ 3. Die besonderen Schutzmittel des Bürgen 11
§ 4. Die Bestimmungen des § 776 B.G.B. insbesondere. 14
§ 5. Kann aus dem Prinzip von Treu und Glauben eine weitere Diligenzpflicht des Gläubigers abgeleitet werden? 17

II. Abteilung.

Die Diligenzpflicht des Gläubigers nach dem Schweizerischen Obligationenrecht.

§ 6. Die Schutzmittel, die sich aus der Bürgschaft als Vertrag ergeben 24
§ 7. Schutzmittel, die sich aus der Akzessorietät der Bürgschaft herleiten lassen 25
§ 8. Die besonderen Schutzmittel des Bürgen 27
§ 9. Die Pflichten des Gläubigers in exigendo 30
§ 10. Der Anspruch des Bürgen auf vertragsmäßiges Verhalten des Gläubigers 32

III. Abteilung.

§ 11. Vergleich zwischen dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Schweiz. Obligationenrecht 39

Literaturverzeichnis.

Anträge und Anregungen zum Gesetzesentwurfe betreffend die Ergänzung des Entwurfes eines schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anführung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen vom 3. März 1905, eingereicht von den Sektionen des schweizerischen Handels- und Industrievereins Zürich 1907.

Bericht der Reichstagskommission über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin 1896.

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf betreffend die Ergänzung eines schweiz. Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes und der Einführungsbestimmungen (3. März 1905).

Bundesgesetz betr. die Ergänzung des schweizerischen Zivilgesetzbuches durch Anfügung des Obligationenrechtes. Entwurf des Bundesrates vom 1. Juni 1909.

Bundesgesetz betr. Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1898.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. Aug. 1896.

Crome, System des bürgerlichen Rechts. Tübingen und Leipzig 1902. Bd. 2.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preußens. Halle 1909. Bd. 2, 1. Abt.

Dernburg-Sokolowski, System des römischen Rechts. Der Pandekten 8. Aufl. Berlin 1912. Bd. 2.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 9. Aufl. Berlin 1903. Bd. 1.

Enneccerus, Kipp & Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 6./8. Aufl. Marburg 1912, Bd. 1.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts.

Fischer-Henle, Das bürgerliche Gesetzbuch nebst dem Einführungsgesetz. 9. Aufl. München 1912.

Goldmann, Lilienthal, Das bürgerliche Gesetzbuch. Berlin 1903 Bd. 1.

Haberstich, Handbuch des schweiz. Obligationenrechtes. Zürich 1885.

Jacottet, Manuel du droit fédéral des obligations Neuchâtel 1884.

Kaufmann, Die Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen nach heutigem Recht. Diss. Erlangen 1908.

Lichtlen, Die Bürgschaft nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches unter Vergleichung mit denjenigen des französischen Rechts in der „Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Zivilrecht." Mannheim 1900. Bd. 31.

Mathias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 5. Aufl. Berlin 1910. Bd. 2.

Meissner, Das bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Breslau 1898. Bd. 2.

Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs. Berlin und Leipzig 1888. Bd. 2.

Neumann, Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Berlin 1912. Bd. 1.

Oertmann, Das Recht der Schuldverhältnisse. 3./4. Aufl. Berlin 1910.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. Berlin 1908.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung eines bürgerlichen Gesetzbuches, bearbeitet von Achilles, Gebhardt und Spahn. Berlin 1898.

Pulvermann, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Diss. Heidelberg 1905.

Rechtsprechung des Oberlandesgerichts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann.

Rossel, Manuel du droit fédéral des obligations. Lausanne 1892.

Schneider, Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des bürgerlichen Gesetzbuchs. München 1902.

Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezbr. 1907.

Seyfferth, Der Schutz des Bürgen gegenüber dem Gläubiger. Diss. Leipzig 1905.

von Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz. 7./8. Aufl. München 1912.

Stooss, Der Anspruch des Bürgen auf Diligenz des Gläubigers nach schweiz. Obligationenrecht, insbesondere nach Art. 508 (neu 509). Zeitschrift des bern. Juristenvereins. Jahrg. 1911. Heft 9 und 10.

Strohal, Der gesetzliche Übergang der Sicherungsrechte des Gläubigers auf den zahlenden Bürgen in neuer Beleuchtung, in Jherings Jahrbüchern Bd. 61.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Aufl. Frankfurt a. M. 1906. Bd. 2.

Einleitung.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge gegenüber dem Gläubiger eines Dritten, des Hauptschuldners, für die Schuld des letzteren einzustehen.

Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich also neben dem eigentlichen Schuldner, dem Hauptschuldner, ein anderer, der Bürge, der dem Gläubiger haftet für die Erfüllung der dem Hauptschuldner obliegenden Leistung. Der unmittelbare Erfolg des Bürgschaftsvertrages ist also eine Sicherstellung des Gläubigers, insofern als dieser, wenn der Hauptschuldner seiner Verpflichtung gar nicht oder nur unvollständig nachgekommen ist, sich an den Bürgen halten kann. Dieser unmittelbar eintretende Erfolg würde aber kaum die hohe Bedeutung der Bürgschaft für das heutige Wirtschaftsleben rechtfertigen, wenn nicht der Bürgschaftsvertrag ein Mittel bildete, die Möglichkeit des Abschlusses von nicht sofort erfüllbaren Verträgen zu erleichtern und zu fördern: denn es wird jemand desto eher geneigt sein, einen Vertrag abzuschliessen, aus dem ihm in Zukunft ein erfüllbarer Anspruch erwächst, jemehr Sicherheit er dafür finden kann, dass ihm die geschuldete Leistung auch tatsächlich bewirkt werde.

Da sich nun aber der Bürge dem Gläubiger lediglich für eine ihm fremde Schuld verpflichtet, so musste sich die rechtliche Ausbildung der Bürgschaft vor allem auf den Schutz des Bürgen beziehen und zwar einerseits nach der Richtung hin, inwieweit und unter welchen Voraussetzungen der Gläubiger sich an den Bürgen halten kann, anderseits wie sich der Ausgleich zwischen Bürge und Hauptschuldner, für dessen Leistung

er eingetreten ist und der dadurch frei wurde, vollzieht. Denn würde der Bürge den Zugriffen des Gläubigers schrankenlos ausgesetzt sein und sich nicht im Wege des Rückgriffes an den Hauptschuldner halten können, oder müssten diese Rechtsbeziehungen mangels gesetzlicher Regelung jedesmal erst vertraglich festgelegt werden, so würde die Gefahr der Übernahme der Bürgschaft zu gross werden, und diese Gefahr würde selbstverständlich vor der Übernahme der Bürgschaft abschrecken und es würde die Kraft, die diesem Institute inneliegt, das wirtschaftliche Leben zu fördern, nicht genügend ausgenutzt. Anderseits würde die gleiche Folge eintreten, wenn der Bürge vor der Inanspruchnahme durch den Gläubiger übermässig geschützt würde. Denn es ist klar, dass die Bürgschaft für den Gläubiger umso bedeutungs- und wertloser wird, in je beschränkterer Weise er sich an den Bürgen halten kann und jemehr Voraussetzungen es zur Inanspruchnahme desselben bedarf.

Inwieweit jedoch der Bürge seinen Regress gegen den Hauptschuldner ausüben kann, kann dem Gläubiger gleichgültig sein, da ja sein Interesse mit der Erhaltung der ihm geschuldeten Leistung voll befriedigt ist.

Die Tatsache, dass auf der einen Seite der Bürge gegenüber dem Gläubiger geschützt werden soll, anderseits aber dieser Schutz nicht zu weit gehen darf, ist schon oft Grund zu wissenschaftlicher Erörterung gewesen. Zweck der vorliegenden Arbeit soll sein, die diesbezüglichen Vorschriften der beiden neuesten Gesetzbücher, des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Schweizerischen Obligationenrechtes zu untersuchen und sie mit einander zu vergleichen.

Wenn daher im Folgenden von Bürgschaft gesprochen wird, so sind immer die Verträge nach B.G.B. § 765 ff. einerseits, anderseits die nach S.O.R. Art. 492 ff. gemeint. Ausser Acht wurden dabei gelassen die im älteren Recht ausdrücklich anerkannten und besonders behandelten Vertragsarten, die zu Bürgschaftszwecken verwendet werden konnten und auch heute noch vorkommen können, wie z. B. das constitutum debiti alieni und das mandatum qualificatum. Ferner wird auch beiseite

gelassen der sogenannte Garantievertrag, der vielfach fälschlich als Bürgschaftsvertrag aufgefasst wird.

Da ferner sich die ganze Arbeit mit den Verhältnissen des heutigen Rechts beschäftigt, so fällt es auch nicht in ihren Rahmen, näher einzugehen auf die geschichtliche Entwicklung des Bürgschaftsinstituts, wenn auch hie und da zum besseren Verständnis auf die geschichtliche Entwicklung Rücksicht genommen werden musste.

Bei dem so umgrenzten Thema soll davon ausgegangen werden, dass dem Bürgschaftsvertrag zwei gänzlich von einander verschiedene Rechtsverhältnisse zu Grunde liegen und zwar in subjektiver wie objektiver Hinsicht, nämlich einmal das zwischen Gläubiger und Bürgen und dann das zwischen Bürgen und Hauptschuldner. Denn da der Bürge nicht die Erfüllung der Hauptschuld, sondern nur das Einstehen für die Erfüllung dieser Hauptschuld, also eine Schadloshaftung schuldet, die ihm obliegende Leistung folglich eine vollständig andere ist, als die des Hauptschuldners, haben wir es nicht mit einem Gesamtschuldverhältnis, sondern mit zwei einander völlig fremden Schuldverhältnissen zu tun: Mit der Bürgschaftsverpflichtung einerseits, die rechtlich nur auf dem Bürgschaftsvertrage beruht und der Verpflichtung des Hauptschuldners anderseits, die sich ergibt aus den Beziehungen des Gläubigers zum Hauptschuldner; Bürge und Schuldner haften also nur für eine ihnen eigene Verbindlichkeit. Daraus erfolgt, dass der Bürge, wie jeder Schuldner, nur die sein Schuldverhältnis betreffenden rechtshindernden, rechtshemmenden und rechtsvernichtenden Tatsachen als Einwendungen vorbringen kann. Dann aber ist die Bürgschaftsverpflichtung eine akzessorische und somit ist der Bestand der Hauptschuld in qualitativer und quantitativer Hinsicht von Einfluss auf die Verpflichtung des Bürgen. Daraus folgt, dass der Bürge zu seinen Einwendungen auch gewisse nur die Hauptschuld, nicht aber sein Verhältnis zum Gläubiger berührende Tatsachen verwenden kann.

So haben wir einerseits die Schutzmittel, die sich aus seinem Vertrage mit dem Gläubiger ergeben, anderseits aber auch solche,

die ihren Urspruch in den rechtlichen Beziehungen zwischen Gläubiger und Hauptschuldner haben. Dazu kommen dann noch die vom Gesetze dem Bürgen speziell gewährten Schutzmittel.

In vorliegender Arbeit haben wir die Schutzmittel des Bürgen auf diese Art und Weise zerlegt und behandelt.

I. Abteilung.

Die Diligenzpflicht des Gläubigers nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch.

§ 1.

Die Schutzmittel, die sich aus der Bürgschaft als einem zwischen dem Gläubiger und dem Bürgen abgeschlossenen Vertrage ergeben.

1. Die erste Voraussetzung, dass der Gläubiger zur Inanspruchnahme des Bürgen berechtigt wird, ist die, dass überhaupt ein gültiger Bürgschaftsvertrag zustande gekommen ist, d. h. es dürfen den Willenserklärungen der beiden Vertragschliessenden keine Mängel anhaften, die geeignet sind, das Zustandekommen eines gültigen Bürgschaftsvertrages von vornherein zu verhindern.

Hierbei können wir unterscheiden zwischen Mängeln, die beruhen auf den allgemeinen Grundsätzen über die Nichtigkeit von Verträgen und solchen, die ihren Grund haben in den besonderen, lediglich für die Bürgschaft gegebenen Vorschriften.

Es liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit, die allgemeinen Bestimmungen, aus denen sich ein Bürgschaftsvertrag anfechten lässt, näher zu beleuchten, da sie nicht lediglich dem Schutz des Bürgen zu Gute kommen, sondern vielmehr auf den Bürgschaftsvertrag wie auf jeden andern beliebigen Vertrag anzuwenden sind.[1])

2. Wenn wir nun die Merkmale betrachten, die zur Gültigkeit eines Bürgschaftsvertrages unumgänglich notwendig sind,

[1]) Vgl. hierzu B.G.B. §§ 105, 107 ff, 117, 118, 138 ff.

so finden wir, dass er vor allem formbedürftig ist. Die schriftliche Erteilung der Bürgschaftserklärung ist erforderlich. Erfüllt jedoch der Bürge die Hauptverbindlichkeit, so wird der Mangel der Form geheilt.

Dem Wortlaut des Gesetzes nach muss die Bürgschaftserklärung erteilt werden. Erst wenn der Bürge dem Gläubiger das Schriftstück hat zugehen lassen, tritt die Wirksamkeit der Erklärung ein.[2]) Ein blosses Unterschreiben derselben hat also keine verpflichtende Wirkung. Nehmen wir das Beispiel an, dass dem Bürgen die von ihm unterschriebene Urkunde abhanden gekommen und dem Gläubiger in die Hände gespielt worden sei; der Bürge wird nicht verpflichtet, es liegt eine rechtshindernde Tatsache vor.

Was unter der Bürgschaftserklärung inhaltlich zu verstehen sei, lässt sich aus dem Gesetze nicht ohne weiteres erkennen. Vor allem aber ist klar, dass nach B.G.B. § 126 Abs. 1 die Urkunde, damit sie rechtlich gültig und der ganze Vertrag nicht nach B.G.B. § 125 nichtig sein soll, vom Bürgen „eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittelst gerichtlich oder notariell beglaubigtem Handzeichen unterzeichnet sein soll." Dabei wird durch den Begriff der Schriftlichkeit nicht gefordert, dass die gesamte Erklärung von dem Bürgen selbst geschrieben sei und dass die Unterschrift der Niederschrift zeitlich nachfolge.[3]) — Inwieweit die Urkunde als Bürgschaftsurkunde bezeichnet werden muss, ist nicht ganz klar. Nach den §§ 133 und 157 B.G.B. wird man hier eine gewisse Freiheit walten lassen müssen, denn sonst hätte sich das Gesetzbuch darüber gewiss bestimmter ausgedrückt. In neuester Zeit haben sich auch die höchsten Gerichte mit dieser Frage vielfach beschäftigt und es sind bezüglich des § 766 eine ganze Reihe von typischen Einzelentscheidungen[4])

---

[2]) Vgl. B.G.B. § 130.

[3]) Vgl. hierzu Motive Bd. 2 S. 185; R. 03 S. 292 Nr. 1549 (Entsch. des O.L.G. Frankfurt a. M. 16. 12. 02).

[4]) R.G.E. Bd. 57 No. 59 S. 260 ff; Bd. 59 No. 63 S. 218 ff; Bd. 62 No. 92 S. 382 ff; Bd. 71 No. 32 S. 114 ff.; Rechtspr. des O.L.G. Bd. 8 S. 84; Bd. 12 S. 99 ff; Bd. 18 S. 39; Bd. 20 S. 235.

ergangen, ohne dass aus ihnen ein einheitliches Prinzip abgeleitet werden könnte; auch die Litteratur hat m. W. diese Frage bis jetzt nicht näher behandelt. — Vor allem aber müssen nach m. A. in der Urkunde alle diejenigen Merkmale vorhanden sein, die geeignet sind, die Urkunde als Bürgschaftsurkunde erkennen zu lassen. Es muss dem Bürgen durch die schriftliche Erklärung klar zum Bewusstsein kommen, dass er dem Gläubiger gegenüber für die Schuld eines Dritten einsteht.

Die Hauptschuld selbst ist so zu umschreiben, dass über sie kein Zweifel herrschen kann. Ob und inwieweit der Rechtsgrund und die Höhe derselben anzugeben sind, ist unsicher. Oertmann[5]) macht geltend, dass es für die Gültigkeit des Vertrages unwesentlich sei, ob Rechtsgrund und Höhe der Schuld in die Bürgschaftsurkunde aufgenommen seien oder nicht, die Schuld, für die die Bürgschaft aufgenommen sei, stehe ja auf Grund der Urkunde, wenn auch nur mittelbar, fest.

Analog wie mit der Hauptschuld wird es sich mit der Bezeichnung der Person des Gläubigers verhalten. Über ihre Identität darf absolut kein Zweifel herrschen, und es ist dem Reichsgericht vollauf beizupflichten, wenn es sagt, dass der Schriftform nicht genügt sei, wenn der Gläubiger in der Urkunde nicht auf irgend eine Weise bezeichnet sei.[6])

So bietet die Schriftform, die das B. G. B.[7]) fordert, einen wirksamen Schutz des Bürgen. Der Gesetzgeber hat die Absicht, dem Bürgen, der für die Schuld eines Dritten einstehen soll, die ganze Tragweite seiner Handlungsweise deutlich vor Augen zu führen. Wir werden später sehen, dass das schweiz. O.R., ob mit Recht oder mit Unrecht bleibe vorläufig dahingestellt,

[5]) Oertmann, Schuldverhältnisse § 766 Anm. 1 a. Dagegen Staudinger § 766 Anm. 1 b β.

[6]) R.G.E. Bd. 62 No. 92 S. 382: „Insbesondere kann durch eine Urkunde, in der der Gläubiger nicht in irgend einer Weise bezeichnet ist, niemals die in § 766 B.G.B. erforderte Schriftform hergestellt werden."

[7]) Nach Handelsrecht wird die Bürgschaft auch bei formlosem, mündlichem Abschlusse rechtsverbindlich, vorausgesetzt, dass sie auf Seiten des Bürgen Handelsgeschäft ist und derselbe nicht zu den Minderkaufleuten gehört (H.G.B. §§ 350, 351).

noch weiter gegangen ist, indem es bestimmte, dass auch der Betrag der Haftung des Bürgen genau angegeben werde. Übrigens gingen bei der Redaktion des B.G.B. die Meinungen über die Zweckmässigkeit der Schriftform stark auseinander. Sie fehlt z. B. in dem ersten Entwurf. Ein diesbezüglicher Antrag bei den Beratungen der zweiten Kommission[8]) wurde abgelehnt. Der jetzige § 766 wurde erst von der Reichstagskommission[9]) aufgenommen im Hinblick „auf die Bedeutung der Bürgschaft und die grossen Gefahren, welche eine solche mit sich bringe."

§ 2.

Die Schutzmittel des Bürgen, die sich aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung ergeben.

1. Jede Bürgschaft wird eingegangen zur Sicherung einer Hauptverbindlichkeit. Es ist darum notwendige Voraussetzung, dass zu einer Bürgschaft eine zu Recht bestehende Hauptschuld vorhanden ist.[10]) Daraus ergibt sich wiederum, dass alle rechtshindernden und rechtsvernichtenden Tatsachen der Hauptschuld einen Einfluss haben auf das Bestehen der Bürgschaft. Diesem akzessorischen Charakter der Bürgschaft trägt B.G.B. § 767 Satz 1 vollauf Rechnung: „Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maassgebend."

Wir können demnach folgende Fälle unterscheiden. Ist überhaupt keine Hauptverbindlichkeit vorhanden, so ist auch keine Bürgschaft entstanden; der Bürge kann unmöglich vom Gläubiger in Anspruch genommen werden. Dies kann sowohl vorkommen, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Hauptschuldner überhaupt keine bindende Willenserklärung stattgefunden hat, oder aber wenn der Vertrag zwischen den beiden auf eine unmögliche Leistung geht oder von Gesetzeswegen aus verschiedenen Gründen (Spiel, Wette etc.) keine rechtsgültige

[8]) Protokolle der zweiten Kommission Bd. 2 S. 461 ff.

[9]) Bericht der R.T.K. S. 94.

[10]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 659.

Verbindlichkeit zustande gekommen ist.[11]) Ein Bürgschaftsverhältnis kann dabei nicht entstehen, da keine rechtlich bestehende Hauptschuld entstanden ist. Gleichgültig dabei ist, ob der Bürge von der Nichtigkeit der Hauptschuld wusste oder nicht.[12])

Mit der akzessorischen Natur der Bürgschaft hängt ferner zusammen, dass zum Fortbestehen derselben auch die Hauptverbindlichkeit fortbestehen muss. Wenn also die Hauptschuld erlischt, so geht auch die Bürgschaft unter. Als Normalfall ist hier zu betrachten, dass der Hauptschuldner erfüllt und zwar auf irgend eine Weise. Das Erlöschen kann aber auch dadurch herbeigeführt werden, dass der Gläubiger die Hauptschuld erlässt, was im allgemeinen wohl seltener vorkommen wird. Speziell erlischt dann auch die Bürgschaft bei der Schuldübernahme durch einen Dritten,[13]) sofern der Bürge nicht in dieselbe eingewilligt hat. Ebenso wird die Bürgschaftsverpflichtung erlöschen, wenn die Leistung aus irgend einem Grunde unmöglich wird.

Schwieriger wird die Frage, ob der Bürge frei wird, wenn er selbst die Erfüllung der Hauptschuld unmöglich gemacht hat. Die Motive[14]) behandeln nur den Fall, wo der Bürge durch eine unerlaubte Handlung die Leistung verunmöglicht. Er hafte dann nicht mehr als Bürge, sondern nach den allgemeinen Vorschriften über die Vertretung unerlaubter Handlungen. Liegt keine unerlaubte Handlung vor, so überlassen die Motive die Lösung der Frage der Wissenschaft.

Dazu sei gesagt, dass, wenn wir das Prinzip der Akzessorietät streng durchführen, die Verbindlichkeit des Bürgen erlischt, auf welche Weise auch die Hauptverbindlichkeit untergehe.

[11]) Vgl. z. B. B.G.B. §§ 656, 762.

[12]) Vgl. dazu Motive Bd. 2 S. 663; dagegen Dernburg, Bürgerliches Recht 3. Aufl. Halle 1906 Bd. 1 § 3 II S. 9. Er will bei den sog. „klaglosen Obligationen" d. h. solchen, die der Klage entbehren, trotzdem aber eine gewisse rechtliche Wirksamkeit zeigen, sie sind z. B. erfüllbar, eine Bürgschaft zulassen.

[13]) Vgl.. B.G.B. § 418.

[14]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 666.

Es muss dann versucht werden, den Bürgen anderswie haftbar zu machen. Auch heute (im Gegensatz zum gemeinen Recht) gilt als herrschende Lehre[15]) dass der Bürge von der Bürgschaftsverbindlichkeit frei werde. Er wird dann aber schadensersatzpflichtig und zwar, wenn es sich um eine unerlaubte Handlung handelt, nach B.G.B. § 823, im andern Falle nach Treu und Glauben, da die Bürgschaftsverpflichtung auch dahin gehe, dass die Erfüllung der Hauptverbindlichkeit nicht vereitelt werde.

In dem in § 767 Satz 1 gebrauchten Ausdruck „Bestand der Hauptverbindlichkeit" ist aber nicht nur das Bestehen derselben an sich, sondern, wie sich aus dem ganzen Paragraphen ergibt, auch die Rechtsbeständigkeit der Hauptschuld in ihrem Umfange auf die Bürgschaftsverpflichtung von Einfluss.

Die Grösse der Verpflichtung des Bürgen richtet sich ganz nach dem Umfange der Hauptverbindlichkeit und verändert sich mit derselben. Wird die Hauptverbindlichkeit kleiner, so verringert sich auch die Bürgschaftsverpflichtung und vergrössert sich erstere, so wächst auch die letztere. So gereicht auf der einen Seite der § 767 dem Bürgen zum Schutz, während er auf der anderen auch dem Gläubiger einen Vorteil gewährt. Würde hier das Prinzip der Akzessorietät streng durchgeführt, so würde die Bürgschaftsverpflichtung mit der Hauptschuld, wie oben gesagt, sich auf alle Fälle verändern, also auch uneingeschränkt wachsen. Das Gesetz hat aber aus Billigkeitsrücksichten im Falle des Wachsens der Hauptschuld eine wichtige Einschränkung getroffen. Die Bürgschaftsverpflichtung wächst mit der Hauptschuld nur, wenn es sich um Erweiterungen handelt, die auf Grund gesetzlicher Bestimmung eintreten, jedoch nicht, wenn diese Erweiterungen durch Rechtsgeschäfte des Hauptschuldners mit dem Gläubiger geschaffen werden und im Gegensatz zu denjenigen stehen, die kraft gesetzlicher Bestimmung eintreten.

---

[15]) Vgl. hierzu Crome § 298, 1 S. 887; Mathias Bd. 1 S. 648; Planck § 765 Anm. 8 b S. 824; dagegen Oertmann, Schuldverhältnisse § 767 Anm. 2 b S. 838.

2. Das nächste Schutzmittel des Bürgen, das direkt aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung hergeleitet werden kann, finden wir in B.G.B. §768. Es ist das Recht des Bürgen, dem Gläubiger gegenüber alle die Einreden geltend zu machen, die der Hauptschuldner gegen denselben hat.[16]) Die Motive begründen diese Bestimmung ausschliesslich mit der akzessorischen Natur der Bürgschaftsverpflichtung und mit Recht hat sich die Litteratur dieser Ansicht angeschlossen.

Dem Bürgen stehen diese Einreden auch zu, wenn der Hauptschuldner auf dieselben verzichtet hat. Dies entspricht der allgemeinen Tendenz, dass durch Abmachungen zwischen dem Hauptschuldner und Gläubiger die Stellung des Bürgen nicht verschlechtert werden darf.

Selbstverständlich steht es dem Bürgen frei, schon im Bürgschaftsvertrag oder auch später auf diese Einreden zu verzichten, gerade so, wie er nicht gezwungen werden kann, dieselben im Prozesse geltend zu machen. Die Motive[17]) vertreten hier eine andere Ansicht. Nach ihnen liegt dann kein Bürgschaftsversprechen, sondern ein anderweitiges, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurteilendes Schuldversprechen vor. Ihnen schliessen sich eigentümlicherweise auch verschiedene Schriftsteller[18]) an. Mir ist die Ansicht der Motive und dieser Schriftsteller unverständlich. Gewiss, es ist für die Bürgschaft das Prinzip der Akzessorietät grundlegend. Soll aber dasselbe Schaden leiden dadurch, dass der Bürge auf diese Einreden freiwillig verzichtet? Leistet der Bürge auch auf diese Einreden des Hauptschuldners Verzicht, so bleibt trotzdem das Abhängigkeitsverhältnis zwischen Hauptschuld und Bürgschaft bestehen. Ferner wird sich der Bürge der Einreden, zu deren Geltendmachung im Prozess er nicht gezwungen werden kann, schon

---

[16]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 661.

[17]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 662.

[18]) Vgl. hierzu Planck § 768 Anm. 4; Staudinger § 768 Anm. 4; Oertmann, Schuldverhältnisse § 768 Anm. 3; Fischer-Henle § 768 Anm. 4; Endemann § 191, 1 b; dagegen Seyfferth Leipziger Diss. S. 20; Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 287 III (ohne nähere Begründung seiner Ansicht).

zum Voraus durch Vertrag mit dem Gläubiger begeben können, ohne dass das abgeschlossene Rechtsgeschäft, die Bürgschaft, ihren Charakter verliert.

§ 3.

Die besonderen Schutzmittel des Bürgen.

1. Zu den Schutzmitteln des Bürgen, die ihm von Gesetzeswegen zustehen, gehört zunächst die Vorschrift des § 770 B.G.B. Dem Bürgen steht eine dilatorische Einrede zu, wenn der Hauptschuldner das, seiner Verbindlichkeit zugrunde liegende, Rechtsgeschäft anfechten kann, als auch für den Fall, dass sich der Gläubiger durch Aufrechnung gegenüber dem Hauptschuldner befriedigen kann. So lange diese Möglichkeiten des Hauptschuldners resp. des Gläubigers vorhanden sind, hat der Bürge das Recht, die Leistung zu verweigern. Natürlich wird es auch hier dem Bürgen frei stehen, auf diese Einrede vertraglich zu verzichten, ohne dass dadurch der Charakter der Bürgschaft verändert wird.

2. Das zweite, dem Bürgen vom Gesetz dargebotene Schutzmittel ist die Einrede der Vorausklage,[19]) das beneficium excusionis sive ordinis der Römer. Durch sie wird die Haftung des Bürgen insofern begrenzt, als er die Befriedigung des Gläubigers verweigern kann, so lange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner ohne Erfolg versucht hat. Die Einrede der Vorausklage ist allerdings kein essentiales Merkmal der Bürgschaft. Gewöhnlich steht jedoch dem Bürgen die Einrede der Vorausklage zu; es gibt jedoch Fälle, wo trotz des Wegfalls dieser Berechtigung des Bürgen eine wirkliche Bürgschaft im Sinne des Gesetzes besteht.[20]) Bei der Redaktion des B.G.B. war man über die Zweckmässigkeit der Einführung dieses Schutzmittels sehr getrennter Meinung. Es drang dann aber die Ansicht durch, dass der Bürge ja eigentlich nur dann für den Hauptschuldner eintreten wolle, wenn dieser nicht mehr fähig sei, seinen Verpflichtungen nachzukommen.[21])

[19]) B.G.B. § 771.

[20]) Vgl. hierzu B.G.B. § 239.

[21]) Vgl. hierzu Motive Bd. 2 S. 668, Protokolle Bd. 2 S. 469 ff.

Der Gläubiger wird durch die Vorschrift des § 771 B.G.B. indirekt gezwungen, zuerst beim Hauptschuldner zu versuchen, Befriedigung zu erlangen. Es ist jedoch nicht nötig, dass der Gläubiger klageweise gegen den Schuldner vorgegangen sei. Er muss nicht auf Grund eines Urteils die Zwangsvollstreckung gegen den Hauptschuldner betrieben haben; es genügt die Tatsache der erfolgten Zwangsvollstreckung, wobei es gleichgültig ist, was für ein vollstreckbarer Titel derselben zugrunde liegt.

Wir haben in § 771 B.G.B. unzweifelhaft ein sehr energisches Schutzmittel des Bürgen, das seine Spitze direkt gegen den Gläubiger richtet.

Die Bestimmungen über die Einrede der Vorausklage sind dispositiv.[22]) Von vornherein kann auf die Einrede der Vorausklage verzichtet werden, ohne dass dadurch das Wesen der Bürgschaft irgend eine Änderung erleidet; der Bürge haftet dann einfach nach den übrigen Bestimmungen über die Bürgschaft. Verschiedene Schriftsteller[23]) verlangen, dass ein solcher Verzicht in die Bürgschaftsurkunde aufgenommen werden müsse, um gültig zu sein, während die Motive[24]) einen stillschweigenden Verzicht anerkennen.

Ausser einem solchen Verzicht hat das Gesetz noch in drei weiteren Fällen die Möglichkeit der Einrede der Vorausklage ausgeschlossen,[25]) nämlich:

1. „Wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsortes des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist,

2. wenn über das Vermögen des Hauptschuldners der Konkurs eröffnet ist,

[22]) Vgl. B.G.B. § 773, 1.

[23]) Vgl. hierzu Staudinger § 773 Anm. 1 a; Oertmann, Schuldverhältnisse § 773 Anm. 2 a.

[24]) Motive Bd. 2 S. 670.

[25]) Vgl. B.G.B. § 773 Abs. 2, 3 und 4.

3. wenn anzunehmen ist, dass die Zwangsvollstreckung in das Vermögen des Hauptschuldners nicht zur Befriedigung des Gläubigers führen wird."

Diese Bestimmungen werden aber in dem § 773 selbst wieder beschränkt. Das Gesetz lässt die Einrede der Vorausklage zu, sofern sich der Gläubiger aus einer beweglichen Sache des Hauptschuldners befriedigen kann, an der er ein Pfandrecht oder ein Zurückbehaltungsrecht hat, wobei die Bestimmung des § 772 Abs. 2 Anwendung findet, dass, falls dem Gläubiger ein solches Recht an der Sache auch für eine andere als die verbürgte Forderung zusteht, dies nur gilt, wenn beide Forderungen durch den Wert der Sache gedeckt werden.

Auch inhaltlich ist der § 771 noch einigen Beschränkungen unterworfen. Einmal genügt es vollständig, dass die Zwangsvollstreckung wegen der verwirkten Hauptschuld versucht wurde. Ist diese dann erfolglos geblieben, so ist dem Bürgen die Einrede der Vorausklage hinsichtlich dieser verbürgten Schuld für immer verloren, auch wenn nach einer späteren Sanierung der Vermögensverhältnisse des Schuldners ein zweiter Zwangsvollstreckungsversuch von Erfolg begleitet wäre.[26]) Dann genügt es ferner, wenn der Gläubiger bei einer Bürgschaft für Geldforderungen die Zwangsvollstreckung in die beweglichen Sachen des Hauptschuldners an seinem Wohnsitze resp. an seiner gewerblichen Niederlassung oder seinem Aufenthaltsort versucht hat.[27]) Hierzu sagen die Motive: Es kann dem Gläubiger ohne wesentliche Verkümmerung seiner aus der Bürgschaft sich ergebenden Rechte nicht zugemutet werden, die meist mit erheblichem Zeit- und Kostenaufwand verbundene, mitunter auch nur geringen Erfolg versprechende Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen durchzuführen, oder die Aktiva oder die sonstigen Rechte des Hauptschuldners im Wege der Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen.

Der § 772 begünstigt also den Gläubiger in hohem Maasse, besonders wenn der, allerdings ziemlich seltene, Fall eintreten

[26]) Vgl. hierzu Motive Bd. 2 S. 670, Lichtlen S. 160.

[27]) Vgl. B.G.B. § 772.

würde, dass sowohl Bürge wie Schuldner nur unbewegliches Vermögen haben.

3. Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch hat es aber nicht bei diesen Schutzmitteln bewenden lassen, sondern wie auch das Schweizerische Obligationsrecht dem Gläubiger Pflichten auferlegt, die er auszuüben hat, wenn er seine Gläubigerrechte geltend machen will.

Ist die Bürgschaft auf eine bestimmte Zeit eingegangen, so kann der Bürge vom Gläubiger nach Ablauf dieser Zeit verlangen, dass er den Schuldner nach B.G.B. § 772 betreibe und das Verfahren ohne wesentliche Unterbrechung fortsetze und ihm nach Beendigung desselben sofort Anzeige mache, falls er ihn in Anspruch nehmen wolle. Unterlässt der Gläubiger ein Vorgehen gegen den Hauptschuldner, so wird der Bürge ohne weiteres frei. Steht jedoch dem Bürgen die Einrede der Vorausklage nicht zu, so wird er nach Ablauf der bestimmten Zeit frei, wenn ihm der Gläubiger nicht unverzüglich anzeigt, dass er ihn in Anspruch nehme.

Erfolgt jedoch die Anzeige rechtzeitig, so beschränkt sich im ersten Falle die Haftung des Bürgen auf den Betrag der Hauptverbindlichkeit zur Zeit der Beendigung des Verfahrens, im letzteren Falle auf den Umfang, den sie beim Ablauf der bestimmten Zeit hatte.

4. Das Schutzmittel des § 776, wonach der Gläubiger gewisse, mit der Forderung verbundene Rechte etc. nicht aufgeben darf, behandeln wir im folgenden Paragraphen, denn damit kommen wir zu dem Gebiete der eigentlichen Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen.

§ 4.

Die Bestimmungen des § 776 B.G.B. insbesondere.

Im spät-römischen und gemeinen Recht hat man aus dem Institut der exceptio excussionis, dem im grossen und ganzen unsere heutige Einrede der Vorausklage entspricht, die Schlussfolgerung gezogen, dass der Gläubiger den Bürgen nicht in

Anspruch nehmen könne, wenn er durch Nachlässigkeit in Behandlung der Hauptforderung vom Hauptschuldner keine Befriedigung erlangen könne. Es wurde gefolgert: die Bürgschaft sei dadurch bedingt, dass der Gläubiger vom Hauptschuldner nichts mehr erlangen könne, und daraus gehe hervor, dass der Bürge die Leistung verweigern könne, wenn der Eintritt dieser Bedingung vom Gläubiger schuldhafterweise herbeigeführt werde. Es wurde dann die dilatorische Einrede der Vorausklage zu einer peremtorischen. Ferner erklärte man, dass die Grundsätze von Treu und Glauben auf jede Bürgschaft Anwendung finden sollen und dass der Gläubiger darnach vom Bürgen nichts verlangen könne, wenn er seine Befriedigung beim Hauptschuldner selbst schuldhafterweise verunmögliche, da dann dem Bürgen eine exceptio doli zustehe.[28]) Auf solche Art und Weise wurde im gemeinen Recht eine „Diligenzpflicht des Gläubigers" hinsichtlich der Wahrnehmung seiner Rechte gegenüber dem Hauptschuldner konstruiert. Allerdings war die Frage, wie weit diese Diligenzpflicht auszudehnen und wie sie im einzelnen zu begründen sei, immer ein Zankapfel zwischen den damaligen Gelehrten.

Auch bei der Redaktion des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs spielte die Beratung, ob und in welchen Grenzen man dem Gläubiger eine Verpflichtung zur Sorgfalt hinsichtlich der ihm gegen den Hauptschuldner zustehenden Rechte auferlegen solle, eine gewisse Rolle. Im Gegensatz zum gemeinen Recht aber wurde eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers verneint.

So erhielt das B.G.B. als einzige Bestimmung, die dem Gläubiger eine gewisse Sorgfalt in Behandlung der Forderung auferlegt, den § 776, welcher lautet:

„Gibt der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestehendes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen auf, so wird der Bürge insoweit frei, als er aus dem

---

[28]) Vgl. Windscheid Bd. 2 § 478 Anm. 10. Dernburg, Pandekten Bd. 2 § 82 Anm. 7 (und die dortigen Quellenstellen).

aufgegebenen Rechte nach § 774 hätte Ersatz erlangen können. Dies gilt auch dann, wenn das aufgegebene Recht erst nach Übernahme der Bürgschaft entstanden ist."

Die Motive[29]) begründen die Verneinung einer allgemeinen Pflicht des Gläubigers in Behandlung der Forderung eine gewisse Sorgfalt anzuwenden folgendermassen:

1. Durch den einseitigen Bürgschaftsvertrag erlangt der Gläubiger an sich nur Rechte, ohne Verpflichtungen einzugehen.

2. Gemäss dem Wesen und dem juristischen Begriff der Bürgschaft ist es ausgeschlossen, dass die Rechte des Gläubigers von einem gewissen Verhalten desselben abhängig gemacht werden können und ihm mindestens eine Diligenzpflicht von grösserem oder kleinerem Umfange auferlegt werden könne.

3. Ebenso ist kein Grund vorhanden, aus den beiden Rechtswohltaten, der Vorausklage[30]) und des Eintritts in die Rechte des befriedigten Gläubigers[31]), eine Diligenzpflicht abzuleiten, denn:

a) die Einrede der Vorausklage nötigt den Gläubiger nur, zuerst den Hauptschuldner zu belangen und die Rechtsverfolgung gegen diesen vorzunehmen, bis sich dessen Leistungsunvermögen ergibt; steht aber die Leistungsunfähigkeit des Schuldners fest, so ist dieser Rechtsbehelf erledigt, gleichviel, ob der Gläubiger von dem Schuldner eine Befriedigung erlangt haben würde, wenn er zu dem Zwecke die Umsicht und Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters angewandt hätte.

b) Durch den Eintritt in die Rechte des befriedigten Gläubigers erlangt der Bürge nur diejenigen Rechte, die und wie sie zur Zeit der Befriedigung bestanden.

4. Auch aus dem in § 359[32]) anerkannten Prinzip über die bei Erfüllung der Verträge zu nehmende Rücksicht auf die

[29]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 678.

[30]) Vgl. B.G.B. § 771.

[31]) Vgl. B.G.B. § 774.

[32]) Vgl. Entwurf zum B.G.B. § 359: Der Vertrag verpflichtet den Vertragschliessenden zu demjenigen, was sich aus den Bestimmungen und

Grundsätze von Treu und Glauben kann man keine so weit gehende Diligenzpflicht des Gläubigers in Betreibung der Schuld von dem Hauptschuldner ableiten, wie eine solche vielfach in der Doktrin und zum Teil in der Gesetzgebung aufgestellt ist.

5. Endlich würde durch die Imputierung einer solchen Diligenzpflicht der Wert der Bürgschaft erheblich herabgedrückt und in der Praxis würden zahlreiche Streitigkeiten hervorgerufen. Eine bestimmte Abgrenzung der allgemeinen Diligenzpflicht wäre doch nicht angängig, weil stets solche praktische Bedenken damit verknüpft blieben."

Als einziges Mittel, um sich bei völliger Passivität des Gläubigers einem in bedenklicher Lage sich befindenden Schuldner gegenüber vor Schaden zu bewahren, lassen die Motive dem Bürgen nur den Ausweg, den Gläubiger selbst zu befriedigen und dann in dessen Rechte gegen den Hauptschuldner einzutreten.

Es ist klar, dass hier die Motive den Gläubiger zu stark begünstigen und es muss darum ein Weg gefunden werden, durch den es ermöglicht wird, den Bürgen, der so ganz in die Hände des nachlässigen Gläubigers gegeben ist, besser zu stellen. Die Wissenschaft hat es auch versucht, hauptsächlich unter Berufung auf die Grundsätze von Treu und Glauben, die Lage des Bürgen zu bessern. Ich glaube, dass dies ganz mit Recht geschieht, denn wenn jemand für die Verpflichtungen eines andern eintritt, so soll er dafür einen kräftigen Schutz geniessen.

§ 5.

Kann aus dem Prinzip von Treu und Glauben eine weitere Diligenzpflicht des Gläubigers abgeleitet werden?

Wie schon gesagt, herrscht betreffs der Frage, ob der Gläubiger nach den Grundsätzen von Treu und Glauben zu einer vermehrten Diligenzpflicht als durch das Gesetz vorge-

---

der Natur des Vertrages nach Gesetz und Verkehrssitte, sowie mit Rücksicht auf Treu und Glauben als Inhalt auf seine Verbindlichkeit ergibt. (Vgl. hierzu B.G.B. § 157.)

schrieben ist, gezwungen werden könne, in der Wissenschaft eine grosse Meinungsverschiedenheit.

Die verschiedenen Ansichten lassen sich leicht in drei Hauptgruppen fassen, von denen zwei einander gerade gegenüber stehen und eine dritte zu vermitteln sucht.

Die erste Gruppe lehnt sich ganz an die Motive[33]) an, deren Standpunkt wir schon in § 2 näher kennen gelernt haben. Sie verneint es, dass aus der Einrede der Vorausklage oder aus dem Rechte des Bürgen, in die Rechte des befriedigten Gläubigers einzutreten, eine besondere Sorgfalt des Gläubigers in Behandlung der Forderung statuiert werden könne; ebensowenig sei dies möglich nach den Grundsätzen von Treu und Glauben. Der Gläubiger ist zu garnichts verpflichtet; er kann mit der Forderung schalten und walten, wie es ihm beliebt. Nur durch die Bestimmungen des § 776 B.G.B. ist diese Freiheit beschränkt bezüglich des Aufgebens von Vorzugsrechten, die mit der Forderung verbunden sind, von Hypotheken und Pfandrechten, die für dieselbe bestehen oder der Rechte gegen einen Mitbürgen. Der Bürge kann sich nur dadurch schützen, dass er den Gläubiger befriedigt und dann nach § 774 B.G.B. in dessen Rechte eintritt.

Als Hauptvertreter dieser Ansicht sind zu nennen: Oertmann, Planck, Goldmann-Lilienthal, Enneccerus, Kipp & Wolff, Schneider.[34])

Die zweite Gruppe behauptet gerade das Gegenteil der ersten. Auch sie gibt zu, dass durch den Bürgschaftsvertrag eine substantielle Gegenseitigkeitsverbindlichkeit nicht entstehe. Trotzdem sei der Gläubiger zu einer Diligenzpflicht in Behandlung der Forderung verpflichtet und zwar durch die an der Spitze der Schuldverhältnisse stehenden Grundsätze von Treu und Glauben (B.G.B. § 242). Der Gläubiger dürfe die Rechte des Bürgen nicht schädigen, sondern er hafte für jede

[33]) Vgl. Motive Bd. 2 S. 678 ff.

[34]) Vgl. hierzu Oertmann, Schuldverhältnisse § 776 S. 852; Planck § 776 S. 843; Goldmann-Lilienthal § 776; Enneccerus L., Th. Kipp und M. Wolff, Bd. 1, S. 538 ff.; Schneider S. 226.

culpa in exigendo. Diesen Standpunkt vertreten hauptsächlich Marcus, Pulvermann und Seyfferth.[35])

Die dritte Gruppe, als deren Hauptvertreter Staudinger, Crome, Neumann, Lichtlen[36]) und viele andere zu betrachten sind, versucht zu vermitteln. Vor allem geben diese Schriftsteller der ersten Ansicht insofern Recht, als sie die Geltung einer allgemeinen Diligenzpflicht verneinen, da der § 776 B.G.B. in seiner positiven, präzisen Fassung eine analoge Ausdehnung nicht gestatte. Trotzdem aber darf nach ihnen der Gläubiger mit der Forderung nicht nach eigenem Gutdünken umspringen. Sie folgen hier vielmehr der zweiten Gruppe, indem sie sagen, dass die Grundsätze von Treu und Glauben (B.G.B. § 157) das ganze Vertragsrecht beherrschen und darum auch den Bürgschaftsvertrag, ohne aber daraus die Konsequenz zu ziehen, dass der Gläubiger für jede culpa in exigendo haftbar gemacht werden könne.

Wenn wir nun auf die einzelnen Gruppen eingehen, so müssen wir der ersten Gruppe insofern zustimmen, als sich aus dem Begriff der Bürgschaft eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht ableiten lässt. Es ist ferner mit den Motiven darin einig zu gehen, dass durch die Einrede der Vorausklage der Gläubiger nicht zu einem besonderen Verhalten hinsichtlich der Behandlung der Forderung gezwungen werden kann. Sie fordert vom Gläubiger nur, dass er zuerst den Hauptschuldner belange. Hat sich dabei aber das Leistungsunvermögen des letzteren ergeben, so fällt die Bedeutung dieses Institutes dahin, auch wenn der Gläubiger bei Anwendung von grösserer Sorgfalt hätte Befriedigung erlangen können.[37]) Auch der andern Ansicht der ersten Gruppe, dass eine Diligenzpflicht des Gläubigers aus den Vorschriften des § 774 B.G.B., wonach der Bürge in die Rechte des befriedigten Gläubigers eintritt, nicht abge-

[35]) Marcus in der Zeitschrift Das Recht 6. Jahrg. 1902 S. 457; Seyfferth Leipziger Diss. 1905 S. 72; Pulvermann Heidelberger Diss. 1905 S. 38 ff.

[36]) Staudinger § 776; Crome Bd. II, 2 S. 889; Neumann zu § 776; Lichtlen S. 166.

[37]) Vgl. Planck § 776; Motive Bd. 2 S. 678.

leitet werden könne, ist zuzustimmen. Oder wäre es möglich, aus dieser Bestimmung etwa zu entnehmen, dass der Gläubiger die bei einer Befriedigung an den Bürgen übergehenden Rechte in einem gewissen Zustand erhalten soll? Ich glaube nicht; der Bürge muss sich vielmehr mit den Rechten, die und wie sie zur Zeit der Befriedigung bestehen, begnügen.

Das wichtigste Argument aber, eine gewisse Diligenzpflicht abzuleiten, ist das, dass der Bürgschaftsvertrag so ausgelegt werden soll, wie alle Verträge, nämlich nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten. Planck sagt nun allerdings, indem er sich auf B.G.B. § 242 beruft, dass dieser Paragraph sich auf die Verpflichtung zu einer Leistung beziehe, und dass bei der Erfüllung dieser Verpflichtung die Grundsätze von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitten zu berücksichtigen seien. Der Gläubiger aber werde durch den Bürgschaftsvertrag zu nichts verpflichtet, er erhalte im Gegenteil nur Rechte.

Gerade da treffen die Ansichten der beiden ersten Gruppen aufeinander. Der Hauptvertreter der zweiten, Marcus, verlangt, dass Treu und Glauben im starken Maasse auf die Handlungsweise des Gläubigers Einfluss haben sollen. Allerdings wird ja der Gläubiger zu nichts verpflichtet, aber schon die Vorschrift des § 157 verlangt, dass auch der Bürgschaftsvertrag nach Treu und Glauben beurteilt werde, und schon dadurch gewinnt dieses Prinzip einen einschneidenden Einfluss auf das Verhältnis zwischen Gläubiger und Bürgen. Daneben haben wir aber, wie Marcus betont, noch eine viel näher liegende Bestimmung, die auf das Verhältnis von Bürge und Gläubiger von Einfluss ist; es ist die des § 242 B.G.B. Der § 157 bezieht sich auf die Verträge im allgemeinen, der § 242 jedoch speziell auf die Schuldverhältnisse.

Der § 242 B.G.B. verlangt nun allerdings nur vom Schuldner, dass er die Leistung so bewirke wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei können wir uns nun allerdings nur auf den Wortlaut des Paragraphen stützen, und ob dies hier angebracht ist, ist mehr als fraglich.

Zunächst ist nur richtig, dass dem Schuldner durch den § 242 keine substantielle Verbindlichkeit auferlegt wird, denn er setzt ja gerade eine solche voraus; aber er schafft für den Schuldner eine unsubstantielle Verpflichtung, denn dieser wird ja verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Es liegt nun die Frage nahe, ob man den Gläubiger nicht auch bei der Ausübung der ihm zustehenden Rechte zu einem ähnlichen Verhalten verpflichten solle.

In der Reichstagskommission wurde auch die Anregung gemacht, an den § 242 einen Zusatz zu machen, wonach der Verpflichtete einer gegen Treu und Glauben verstossenden Rechtsausübung widersprechen könne. Sie wurde dann aber fallen gelassen mit Hinweis auf den § 226 B.G.B. (Schikaneverbot), wonach die Ausübung eines Rechtes, die nur den Zweck haben könne, einem Anderen Schaden zuzufügen, unzulässig sei. Meissner[38]) verficht diesen Standpunkt und erklärt, dass im deutschen Rechte „jede Rechtsausübung ihre inneren, durch das ethische Moment im Recht bestimmten Schranken habe".

Auf diese Art und Weise liesse sich allerdings eine gewisse Diligenzpflicht des Gläubigers ableiten. Aber ich glaube, wir können das gleiche Resultat auch finden, wenn wir statt auf dem Umweg über das Schikaneverbot direkt auf das Ziel losgehen und zwar mit Hilfe des § 242. Der Gesetzgeber hat nicht umsonst diesen Paragraphen an die Spitze des 2. Buches B.G.B., das der Schuldverhältnisse gesetzt; er wollte, dass er über das ganze Buch herrsche, dass alle obligationenrechtlichen Verhältnisse unter dem Schutze von Treu und Glauben stehen. Darum ist Marcus zuzustimmen, wenn er sagt, dass der Gläubiger nicht durch sein Verschulden — Vorsatz oder Fahrlässigkeit — in einer gegen das von der Verkehrssitte erforderte Maass von Treu und Glauben verstossenden Weise die rechtliche Lage des Bürgen verschlechtern darf.

Marcus geht aber entschieden zu weit, wenn er daraus die Konsequenz zieht, dass der Gläubiger dem Bürgen für jede

[38]) Vgl. Meissner § 242.

culpa in exigendo hafte, und dass auch im B.G.B. eine allgemeine Diligenzpflicht des Gläubigers anzunehmen sei. Es ist ja unmöglich, anzunehmen, dass aus dem Umstand, dass der Gläubiger in Behandlung der Forderung nicht gegen Treu und Glauben verstossen darf, es sich ergeben soll, dass dann der Gläubiger ohne weiteres für jedes Verschulden hafte. Es kann sich dabei vielmehr nur um ein Verschulden handeln, das gegen die bona fides verstösst. Der Gläubiger muss dabei ein Gebahren zutage legen, das ohne Zweifel von der Verkehrssitte abweicht.

Aber auch so beschränkt lässt sich für das B.G.B. eine Diligenzpflicht des Gläubigers nicht konstruieren.

Der § 776 B.G.B. zunächst hat eine ganz positive und nicht zu erweiternde Fassung, indem er den Bürgen nur insoweit frei werden lässt, als der Gläubiger ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestelltes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt, aus dem der Bürge nach B.G.B. § 774 hätte Ersatz erlangen können. So stellt sich der Paragraph mit seinem positiven Wortlaut unmöglich als der Ausfluss eines allgemeinen Prinzipes dar, das den Gläubiger zur Diligenz verpflichtet, nein, er schliesst es sogar vollständig aus, indem er den Gläubiger unter gewissen Voraussetzungen lediglich mit dem Verlust seiner Rechte gegen den Bürgen bedroht.

Der Ausschluss einer allgemeinen Diligenzpflicht für das B.G.B. lässt sich auch noch durch ein argumentum e contrario aus dem § 776 feststellen. Diese Ansicht ist von den meisten Vertretern der Wissenschaft anerkannt worden.[39]) Eigentümlich berührt es deshalb, dass Marcus und seine Anhänger diesen Paragraphen stillschweigend übergehen.

Somit ergibt sich aus dieser Untersuchung, dass für das B.G.B. eine allgemeine Diligenzpflicht abzulehnen ist, dass aber anderseits der Gläubiger nicht in schuldhafter, gegen Treu und Glauben verstossender Weise durch mangelhafte Bewahrung

[39]) Vgl. hierzu u. a. Staudinger § 776; Planck § 776; Enneccerus, Th. Kipp und M. Wolff, Bd. 1 § 538 ff.; Lichtlen S. 166.

und Behandlung der Forderung den Bürgen dadurch Schaden zufügen darf, dass er die diesem zustehenden Rechtswohltaten schmälert oder gar vernichtet.

Das Reichsgericht steht ebenfalls auf unserer Seite. Es verteidigt die Lehre, dass „aller Rechtsverkehr auf dem Boden der bona fides stehen müsse“.[40]) In einem neuern Falle vom 12. Oktober 1905, in dem die vom Hauptschuldner verpfändeten Waren, die in einem Warenlager untergebracht waren, und dort abhanden kamen, wird dem Gläubiger eine Pflichtverletzung zur Last gelegt, da die Sachverständigen eine Kontrolle der Lombardlager als üblich bezeichnet hatten und der Gläubiger nicht beweisen konnte, dass er diese Kontrolle regelmässig und sorgfältig vorgenommen habe. Die Entscheidung sagt: „Wenn es üblich und geboten ist, dass ein ordentlicher Kaufmann Vorsichtsmaassregeln trifft, damit seine durch Pfand gesicherte Forderung durch Abhandenkommen oder Entwertung des Pfandes nicht gefährdet werde, so hat er diese Verpflichtung auch gegenüber dem, der die Bürgschaft für diese Forderung übernommen hat, jedenfalls dann, wenn der Bürge, wie im vorliegenden Falle, erst zu zahlen verbunden ist, nachdem der Gläubiger sich an das bestellte Pfand gehalten hat. Es würde gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstossen, unter denen auch die Bürgschaft steht, wenn der Gläubiger sich darauf, dass er die für einen ordentlichen Kaufmann erforderliche Sorgfalt auch in eigener Angelegenheit nicht beachte, dem Bürgen gegenüber berufen würde. Der Bürge, der ein Interesse an der Erhaltung der Pfänder hat, selbst aber Kontrolle kaum ausüben kann, darf erwarten, dass der Gläubiger so verfährt, wie man es von einem ordentlichen Kaufmann in seinem eigenen Interesse erwarten kann und damit auch seine, des Bürgen Interessen schützt. Arglistig aber würde der Gläubiger verfahren, wenn er in dem Gedanken, dass seine Forderung durch die Bürgschaft hinlänglich gedeckt sei, jedwede Sorgfalt in der Erhaltung der Pfänder vernachlässigen würde.“

---

[40]) Vgl. R.G.E. Bd. 58 Nr. 90 S. 356.

II. Abteilung.

Die Diligenzpflicht des Gläubigers nach dem Schweizerischen Obligationenrecht.

§ 6.

Die Schutzmittel, die sich aus der Bürgschaft als Vertrag ergeben.

1. Auch nach dem S.O.R. ist zum Zustandekommen einer Bürgschaftsverpflichtung wesentlich, dass den Willenserklärungen der beiden Parteien keine Mängel anhaften, die geeignet sind, den Vertrag nichtig zu machen.

Wir unterscheiden auch wieder zwischen den allgemeinen Nichtigkeitsgründen und denen, die für den Bürgschaftsvertrag im Besonderen festgesetzt sind. Erstere wollen wir auch hier übergehen, um auf die zweite Gruppe einzutreten.[1])

2. Nach Art. 493 S.O.R. bedarf der Bürgschaftsvertrag, um Gültigkeit zu erlangen, der schriftlichen Form. Der Bürge muss dem Gläubiger gegenüber schriftlich erklären, dass er gewillt sei, die Bürgschaft zu übernehmen. Es ist also erforderlich dass die mit dem Verpflichtungswillen des Bürgen versehene Bürgschaftsurkunde an den Gläubiger ausgehändigt wird und dass sie von diesem ausdrücklich oder stillschweigend angenommen wird.

Was den Inhalt der Bürgschaftsurkunde anbetrifft, so muss dieselbe vor allem von allen den Personen unterschrieben werden, die durch sie verpflichtet werden,[2]) also durch den oder die Bürgen. Über die zu gebrauchenden Worte besteht im Gesetz keine nähere Bestimmung. Es soll nur aus der Urkunde der wirkliche Wille der Parteien erkennbar[3]) und klar gesagt sein, dass es sich um einen Bürgschaftsvertrag handelt. Der Bürge muss nicht den ganzen Vertrag selbst schreiben. Die Unterschrift jedoch muss er eigenhändig ausfertigen, eine mechanische

[1]) Für die allgemeinen Nichtigkeitsgründe sei verwiesen auf Z.G.B. Art. 18, 19; S.O.R. Art. 20, 24 ff.

[2]) Vgl. S.O.R. Art. 13.

[3]) Vgl. S.O.R. Art. 18.

Nachbildung ist hier unstatthaft, da sie nur dort anerkannt wird, wo sie allgemein üblich ist, z. B. auf Wertpapieren,[4]) die in grosser Zahl ausgegeben werden. Ist aber einer der Vertragschliessenden aus irgend einem Grunde nicht imstande, die Unterschrift eigenhändig zu schreiben, so kann dieselbe ersetzt werden durch ein beglaubigtes Handzeichen oder durch öffentliche Beurkundung.[5])

Was die Bezeichnung der Hauptschuld anbelangt, so hat sich die Neufassung des S.O.R. vom 30. März 1911 klar und deutlich ausgesprochen, sie verlangt die Angabe eines bestimmten Betrages der Haftung. Ob und inwieweit der Rechtsgrund der Hauptforderung anzugeben sei, ist fraglich; doch scheint es angezeigt, wenn mit der Höhe zugleich auch der Rechtsgrund angegeben wird.

§ 7.

Schutzmittel, die sich aus der Akzessorietät der Bürgschaft herleiten lassen.

1. Wie im deutschen Recht, ist auch im S.O.R. Voraussetzung zur Entstehung einer Bürgschaftsverpflichtung eine zu Recht bestehende Hauptschuld. Allerdings kann eine Bürgschaft für eine zukünftige oder bedingte Schuld eingegangen werden, für den Fall, dass diese wirksam wird.[6]) Es ist also nach dem oben Gesagten eine Bürgschaft nicht entstanden, wenn die Hauptschuld wegen Formmangels oder Unerlaubtheit des Gegenstandes klaglos ist, ferner für wegen Willensmangel anfechtbare und wegen Vertragsunfähigkeit ungültige Forderungen.

Das schweizerische Recht kennt hier allerdings zu Gunsten des Gläubigers eine Einschränkung. Wir haben dargetan, dass im deutschen Recht es gleichgültig sei, ob der Bürge von der Nichtigkeit der Hauptforderung Kenntnis habe oder nicht, der Bürgschaftsvertrag ist sowieso ungültig. Anders nach dem

[4]) Vgl. S.O.R. Art. 14 B.G.E. Bd. 22 No. 23 Erw. 3, Bd. 13 No. 17 Erw. 1.

[5]) Vgl. S.O.R. Art. 15.

[6]) Vgl. S.O.R. Art. 494.

S.O.R. Nach Art. 494 Abs. 3 S.O.R. kann nämlich eine Schuld aus einem wegen Irrtums oder wegen Vertragsunfähigkeit für den Hauptschuldner unverbindlichen Vertrage gültig verbürgt werden, wenn der Bürge bei Eingehung seiner Verpflichtung den auf Seiten des Hauptschuldners vorhandenen Mangel kennt.

Nach diesem Absatz ist es also auch möglich, dass man sich für die Schuld eines Minderjährigen verbürgen kann, obschon derselbe aus seinem Versprechen nicht belangt werden kann. Kannte der Bürge den Umstand beim Eingehen der Bürgschaft, dass der Hauptschuldner vertragsunfähig sei, so wird er gültig verpflichtet.

Als fernere Folge der Akzessorietät der Bürgschaft haftet der Bürge für den jeweiligen Bestand der Hauptschuld. Hierbei zeigt sich das S.O.R. bedeutend härter als das B.R.B. Während im letzteren der Bürge nur haftet, wenn sich die Hauptschuld durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners vergrössert hat, nicht aber dann, wenn diese Vergrösserung durch ein nach der Übernahme der Bürgschaft zwischen Gläubiger und Schuldner abgeschlossenes Rechtsgeschäft entstanden ist, kennt das S.O.R. keine analoge Bestimmung. Es lässt den Bürgen auf alle Fälle für den jeweiligen Betrag haften, inbegriffen die gesetzlichen Folgen eines Verschuldens oder Verzuges des Hauptschuldners.

2. Das andere Schutzmittel, das aus der Akzessorietät der Bürgschaftsverpflichtung sich für den Bürgen ergibt, findet sich in S.O.R. Art. 506. Der Bürge ist berechtigt, dem Gläubiger diejenigen Einreden entgegenzusetzen, die dem Hauptschuldner zustehen. Ja das S.O.R. geht noch weiter; es legt dem Bürgen sogar die Pflicht auf, sich dieser Einreden zu bedienen. Unterlässt er diese Einreden, so verliert er seinen Rückgriff, insofern als er sich mittels dieser Einreden hätte befreien können, wenn er nicht beweisen kann, dass er sie ohne Verschulden nicht kannte. Er wird also vor allem beim Schuldner anfragen müssen, ob die Hauptschuld noch bestehe, oder ob nicht etwa Einreden wie z. B. aus Gegenforderungen derselben gegenüber gestellt werden

könnten. Bei den Beratungen zum S.O.R. wurde sogar vorgeschlagen, dass der Bürge geradezu verpflichtet sein solle, mit der Zahlung zu warten, bis er über die Zahlungspflicht vom Schuldner Antwort habe, sofern des letztern Aufenthaltsort bekannt sei.

Im übrigen decken sich die Schutzmittel, die sich aus der Akzessorietät ergeben, in beiden Rechten und es ist deshalb überflüssig, hier nochmals näher darauf einzugehen.

§ 8.

Die besonderen Schutzmittel des Bürgen.

1. Das S.O.R. entbehrt einer ähnlichen Bestimmung, wie sie der § 770 B.G.B. enthält, wonach dem Bürgen eine dilatorische Einrede zusteht, wenn der Hauptschuldner das, seiner Verbindlichkeit zu Grunde liegende, Rechtsgeschäft anfechten kann, resp. für den Fall, dass sich der Gläubiger durch Aufrechnung befriedigen kann.

2. Auch das S.O.R. kennt das Institut der Einrede der Vorausklage und unterscheidet hierbei zwei Arten von Bürgen, den einfachen und den Solidarbürgen.

a) Der einfache Bürge kann vom Gläubiger verlangen, dass er zuerst den Hauptschuldner belange und sich erst an ihn halte, wenn sich der Schuldner als leistungsunfähig erwiesen hat.[7]) In folgenden Fällen fällt die Einrede der Vorausklage dahin:

α) wenn der Hauptschuldner nach Eingehung der Bürgschaft in Konkurs geraten ist. Der Konkurs braucht dabei nicht ausgeführt werden, der Verlust, den der Gläubiger dabei erleiden würde, noch nicht eingetreten sein. Es genügt für den Gläubiger, dass der Konkurs eröffnet wurde, um sich an den Bürgen zu halten.

β) wenn der Hauptschuldner ohne Verschulden des Gläubigers erfolglos betrieben wurde. Der Ausdruck „erfolglos

[7]) Vgl. S.O.R. Art. 495 Abs. 1.

betrieben" verlangt, dass die Betreibung nicht bloss angehoben, sondern bis zu dem Punkte gediehen ist, wo sich die Erfolglosigkeit weiterer Schritte des Gläubigers klar erweist. Hat der Gläubiger die Erfolglosigkeit verschuldet, z. B. dadurch, dass er eine gesetzliche Vorschrift nicht beachtete,[8]) so kann der Bürge die aus der Erfolglosigkeit abgeleitete Inanspruchnahme bestreiten oder dem Gläubiger so viel in Abrechnung bringen, als infolge des Verschuldens des Gläubigers beim Schuldner weniger erhältlich ist.

γ) wenn der Schuldner in der Schweiz nicht mehr belangt werden kann. Es lässt sich hieran die Frage aufwerfen, ob die Einrede der Vorausklage unmöglich sei in dem Fall, wo der Hauptschuldner schon zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft seinen Wohnsitz ausserhalb der Schweiz hatte. Ich glaube, dass das zu verneinen ist, denn die Voraussetzung zu dieser Bestimmung ist, dass der Hauptschuldner zur Zeit der Eingehung der Bürgschaft in der Schweiz belangbar war und erst nachher seinen Wohnsitz ins Ausland verlegte.[9])

b) Der einfache Bürge kann in dem Fall, dass die verbürgte Forderung vor oder gleichzeitig mit der Bestellung der Bürgschaft durch Pfandrechte sicher gestellt wurde, verlangen, dass sich der Gläubiger zuerst an diese Pfänder halte, bevor er ihn belange. Dieses Recht des Bürgen fällt dahin, wenn der Hauptschuldner schon in Konkurs geraten ist oder aber durch die Verwertung der Pfänder in Konkurs kommen würde.[10])

Der Gläubiger hat sich also, bevor er den Bürgen in Anspruch nimmt, an die für die verbürgte Forderung bestellten Pfänder zu halten. Ohne diese eigentümliche Bestimmung des Art. 495 könnte man unmöglich zu einer solchen Lösung kommen. Viel nahe liegender wäre es, zu erklären: der Gläubiger besitzt zwei, von einander vollständig unabhängige Sicherheiten für seine Forderung, die Pfandrechte einerseits, die Bürgschaft

[8]) Vgl. hierzu Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 Art. 46 ff.

[9]) Vgl. B.G. Schuldbetr. u. Konkurs Art. 46 ff.

[10]) Vgl. S.O.R. Art. 495 Abs. 2.

anderseits. Er hat die freie Wahl, welche von beiden Sicherheiten er zuerst in Anspruch nehmen, welches Recht, dasjenige auf die Pfandrechte oder dasjenige gegen den Bürgen er zuerst geltend machen will. Durch die Bestimmung des Abs. 2 des genannten Artikels aber wird er gezwungen, sich zuerst an die Pfandrechte zu halten. Der Gesetzgeber statuierte so ein gewaltiges Schutzmittel für denjenigen, der für die Verbindlichkeit eines andern eintreten will und es zeigt so recht, welch eminente Bedeutung der Bürgschaft im heutigen Wirtschaftsleben zugemessen wird.

Nehmen wir nun an, der Gläubiger habe die Pfandrechte realisiert, sei aber dabei nicht ganz befriedigt worden. Kann nun der Gläubiger den Bürgen sofort in Anspruch nehmen oder aber erst dann, wenn der Schuldner erfolglos betrieben worden ist? M. E. kann in diesem Falle der Bürge sofort in Anspruch genommen werden. Allerdings verlangt hier das Gesetz einen weitgehenden Schutz des Bürgen, anderseits aber will es auch den Schuldner vor dem völligen Zusammenbruch schützen, was besonders dadurch betont wird, dass die Pfänder nur verwertet werden dürfen, wenn dadurch der Hauptschuldner nicht in Konkurs fällt.

c) Von der Rechtswohltat der Vorausklage wurde der Bürge durch das Gesetz ausgeschlossen, der sich mit den Worten: „solidarisch, gleich dem Hauptschuldner, als Zahler, Selbstzahler, Selbstschuldner, oder mit anderen, gleichbedeutenden Ausdrücken verpflichtet." Der Gläubiger ist berechtigt, ihn vor dem Hauptschuldner und vor der Verwertung allfälliger, für die Sicherung der Forderung bestellten Pfandrechte in Anspruch zu nehmen.[11])

Natürlich kann der sogenannte einfache Bürge zum Voraus auf die Einrede der Vorausklage verzichten. Die Aufnahme dieses Verzichts in die Bürgschaftsurkunde ist wohl ebensowenig erforderlich wie im deutschen Recht.

3. Damit es dem Bürgen ermöglicht wird, sich von der Bürgschaft zu befreien, ist in Art. 510 S.O.R. die Bestimmung

---

[11]) Vgl. S.O.R. Art. 496.

aufgenommen worden, dass der Bürge jederzeit, also auch wenn die Bürgschaft für eine gewisse Zeitdauer eingegangen ist, vom Gläubiger verlangen kann, dass dieser von ihm Befriedigung annehme oder ihn aus der Bürgschaft entlasse. Es ist die Ansicht vertreten, dass der Gläubiger bei einer teilbaren Schuld von dem Bürgen Befriedigung annehmen müsse auch nur für den Teil, für den er sich verbürgt habe, M. E. aber sind die Worte: „dass dieser (der Gläubiger) von ihm (dem Bürgen) Befriedigung annehme", so auszulegen, dass der Gläubiger nur die ganze Schuld, nicht aber nur einen Teil derselben annehmen müsse. Der Bürge kann also den Vorteil des Art. 510 nur dann geniessen, wenn er den Gläubiger vollauf befriedigt.

Ist jedoch die Hauptschuld durch Konkurs des Hauptschuldners fällig geworden, so ist für den Bürgen eine Befreiung nach Art. 510 S.O.R. ausgeschlossen.

Verweigert dagegen der Gläubiger die Annahme der Zahlung, welche der Bürge anzubieten berechtigt ist oder die Übergabe der Sicherheiten und Beweismittel,[12]) so wird der Bürge ohne weiteres frei.

§ 9.

Die Pflichten des Gläubigers in exigendo.

1. Neben den bisher genannten Schutzmitteln, die dem Bürgen zustehen, hat das S.O.R. ihm noch eine Waffe in die Hand gedrückt, indem es dem Gläubiger in der Ausübung seiner Gläubigerrechte schwere Pflichten auferlegt. Stooss sagt in seiner vorbildlichen Studie:[13]) „Das Schweizerische Obligationenrecht hat einen eigenen Weg eingeschlagen. Ohne dem Gläubiger eine unbeschränkte Diligenzpflicht aufzuerlegen, hat es in verschiedener Richtung dafür Vorsorge getroffen, dass die Forderung möglichst intakt bleibe und der Regress des Bürgen gegen den Hauptschuldner in vollem Umfange ausgeübt werden könne. Dabei hat es, in verständiger Abwägung der Verhältnisse und der Interessen des Gläubigers einerseits und des Bürgen anderseits, die Rechte und Pflichten zwischen ihnen verteilt."

[12]) Vgl. S.O.R. Art. 508, 510.

[13]) Stooss S. 475.

2. Unter diesen Pflichten, die der Gläubiger bei der Ausübung seiner Gläubigerrechte zu erfüllen hat, ist wohl die einschneidendste die, dass er im Konkurse des Hauptschuldners seine verbürgte Forderung anmelden muss.[14]) Trotzdem kann natürlich der Gläubiger sofort nach Eröffnung des Konkurses den Bürgen belangen.[15]) Sobald der Gläubiger von dem Konkurse des Hauptschuldners erfahren hat, hat er dies dem Bürgen anzuzeigen.[16]) Unterlässt er Anmeldung oder Anzeige, so wird der Bürge insoweit frei, als ihm aus dem Versäumnis des Gläubigers Schaden entstanden ist.

In den Entwürfen zum Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 wurde vom Gläubiger nicht verlangt, dass er die Forderung im Konkurse anzumelden habe, sondern nur, dass er dem Bürgen Anzeige machen müsse. Die ständerätliche Kommission bemerkte jedoch dazu, es könnte unter diesen Umständen vorkommen, dass sowohl der Gläubiger wie der Bürge die Anmeldung unterlassen und darum müsse man den einen der beiden zur Anmeldung verpflichten. „Am füglichsten werde deren Vertretung dem Gläubiger zugeschieden, der im Besitze der Verpflichtungsurkunde und dergleichen zu sein pflegt. Ein Mehreres als die Anmeldung, welche notwendig ist, um die Ansprüche aufrecht zu erhalten, muten wir jedoch dem Gläubiger nicht zu, und es soll ihm, sobald dies geschehen, im Sinne des Art. 493 (neu 495 Abs. 1) dann freistehen, entweder weiter seine Befriedigung in der Masse zu suchen, oder dieses dem Bürgen zu überlassen, auf welchen direkt überzugehen er vorzieht."

3. Weitere Pflichten legen dem Gläubiger die Vorschriften der Art. 502 und 503 O.R. auf.

a) Bei einer Bürgschaft auf Zeit erlischt die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht binnen 4 Wochen nach Ablauf der Frist die verbürgte Forderung rechtlich geltend

[14]) Vgl. S.O.R. Art. 511.

[15]) Vgl. S.O.R. Art. 495.

[16]) Vgl. hierzu B.G. betr. Schuldbetr. u. Konkurs Art. 197, 208 ff, 232, 246, 251.

macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt.

b) Ist die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so kann der Bürge nach Eintritt der Fälligkeit vom Gläubiger verlangen, dass dieser binnen 4 Wochen die Forderung rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze.

Kann die Fälligkeit der Forderung dadurch herbeigeführt werden, dass der Gläubiger kündigt, so steht dem Bürgen nach Ablauf eines Jahres seit Eingehung der Bürgschaft das Recht zu, vom Gläubiger zu verlangen, dass er kündige und dann nach Eintritt der Fälligkeit den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze. Kommt der Gläubiger diesem Verlangen des Bürgen nicht nach, so wird der Bürge ohne weiteres von seiner Verpflichtung befreit.

Es wird bei Bürgschaften oft der Fall vorliegen, dass ein Zahlungstermin für die Hauptschuld festgesetzt ist und sich der Bürge bis zu diesem Termin verbürgt hat. Es kann nun auch eine Bürgschaftsverpflichtung eingegangen worden sein, die sich über den Fälligkeitstermin der Hauptschuld hinaus erstreckt, so z. B. wenn die Bürgschaft den Zweck verfolgt, für den Schuldner noch für eine gewisse Zeit Stundung zu erwirken. Die Verpflichtung des Bürgen erlischt dann nicht mit dem Endpunkt der Bürgschaftsverpflichtung, sondern erst 4 Wochen später, falls der Gläubiger seine Forderung nicht rechtlich geltend gemacht hat. Tut er dies aber, so wird ihm der Bürge für die volle Forderung verantwortlich.

§ 10.

Der Anspruch des Bürgen auf vertragsmässiges Verhalten des Gläubigers.

1. Der Art. 509 S.O.R., der den Anspruch des Bürgen auf ein vertragsmässiges Verhalten des Gläubigers festsetzt, lautet in seiner, leider etwas unglücklich geratenen Fassung:

„Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, wenn er zu dessen Nachteile die bei Eingehung der Bürgschaft

vorhandenen oder die nachträglich erlangten und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestimmten anderweitigen Sicherheiten vermindert oder wenn er sich der vorhandenen Beweismittel entäussert.

Er ist ferner bei Amts- und Dienstbürgschaft dafür verantwortlich, wenn infolge der Unterlassung der Aufsicht über den Schuldner, zu der er verpflichtet ist, die Schuld entstanden ist oder einen Umfang angenommen hat, den sie andernfalls nicht erreicht hätte."

Eigentümlich ist, dass im Entwurf des Bundesrates[17]) und der Expertenkommission der Artikel noch die Fassung hatte: „der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, dass er nicht . . ." In der Schlussredaktion kam dann die unglückliche Form auf: „Der Gläubiger ist dem Bürgen dafür verantwortlich, wenn er . . ." Es ist nicht herauszufinden, warum und wann diese Fassung entstanden ist. Sehr wahrscheinlich stiess der Ausdruck „dass er nicht" auf Widerstand und wurde dann so unglücklich korrigiert.

2. In den neuesten Gesetzbüchern, die eine analoge Bestimmung zu dem Art. 509 S.O.R. enthalten, sind die einzelnen Sicherheiten, die der Bürge nicht aufgeben darf, einzeln angegeben,[18]) während das S.O.R. eine Spezifizierung unterlässt und nur den allgemein gehaltenen Ausdruck „Sicherheiten" anführt. Damit wollte der Gesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass nach dem S.O.R. der Ausdruck „Sicherheit" möglichst weit sein soll; jedes mit der verbürgten Forderung verbundene Recht, das im Stande ist, dieselbe zu schützen, soll der Gläubiger verpflichtet sein zu bewahren, um dem Bürgen den Regress gegen den Haupt-

---

[17]) Vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betr. die Revision des O.R. vom 3. März 1905 Art. 1565; Entwurf des Bundesrates vom 1. Juni 1909.

[18]) Vgl. hierzu das deutsche B.G.B. § 776: „. . . ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestelltes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen . . ." und ferner den französischen code civil Art. 2037: . . . „aux droits, hypothèques et priviléges . . ."

schuldner zu ermöglichen. Dies zeigt klar und deutlich ein Bundesgerichtsentscheid vom 5. April 1900,[19]) der sich allerdings noch auf das Gesetz vom 11. Brachmonat bezieht. Da aber der Artikel sowohl im alten wie im revidierten Gesetz sich ziemlich gleich geblieben ist, so ist der Entscheid heute noch von Wert und soll darum kurz angeführt werden: „Nach O.R. Art. 508[20]) ist der Gläubiger dafür verantwortlich, dass er nicht zu dessen Nachteile die bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen oder vom Hauptschuldner nachträglich erlangten anderweitigen Sicherheiten vermindere. Das Retentionsrecht des Vermieters oder Verpächters gehört zu den Sicherheiten des Art. 508 O.R. Denn unter diesen Sicherheiten sind nicht etwa bloss körperliche Gegenstände, auf die der Gläubiger zur Befriedigung seiner Forderung greifen darf, zu verstehen; der allgemeine Begriff der „Sicherheit" umfasst vielmehr die Gesamtheit der rechtlichen Beziehungen, welche dem Gläubiger eine Gewähr für die Befriedigung seiner Forderung bieten, wie denn auch zweifellos der Gläubiger dem Bürgen nach Art. 508 dafür verantwortlich ist, dass er zu dessen Nachteil einen solventen Mitbürgen eigenmächtig aus der Bürgschaft entlässt."

3. Da das S.O.R. eine nähere Bezeichnung der Sicherheiten unterlassen hat, so wird es nicht uninteressant sein, zu untersuchen, was darunter hauptsächlich zu verstehen ist und wir finden:

a) Vorzugsrechte. Darunter haben wir Rechte zu verstehen, die geeignet sind, der Forderung im Konkurs oder in der Betreibung des Hauptschuldners einen bevorzugten Rang zu verschaffen. Sie bestehen auch schon bevor der Schuldner betrieben wird oder in Konkurs fällt und sind darum schon unter normalen Umständen unter die Sicherheiten unseres Artikels zu zählen.

b) Pfandrechte. Hier ist zu beachten, dass es sich nicht nur um vertragliche Pfandrechte, sondern auch um gesetzliche

[19]) Vgl. B.G.E. Bd. 26 II No. 35 Erw. 2.

[20]) Es ist hier die Einteilung nach dem Gesetz vom 11. Brachmonat 1881 zitiert.

handeln kann, wie z. B. Retentionsrechte,[21]) und wenn die Bürgschaft nicht etwa gerade zum Zwecke eingegangen wurde, dass der Gläubiger auf die gegen den Schuldner angehobene Betreibung resp. Pfändung verzichte, auch Pfändungspfandrechte.[22])

c) Wechsel, sofern sie ausser der Unterschrift des Hauptschuldners noch diejenige Dritter tragen und so dem Bürgen ein Regressrecht gewährleisten. Besitzt der Gläubiger für die verbürgte Forderung keine andere Schuldurkunde als einen Wechsel des Schuldners, so kann er auch als Beweismittel dienen und fällt auch dann unter die Vorschriften des Art. 509 Abs. 1 O.R.[23])

d) Allfällige Mitbürgen. Das schweizerische Bundesgericht hat dahin entschieden,[24]) dass dem Bürgen eine Einrede zustehe, wenn der Gläubiger durch die Entlassung eines solventen Mitbürgen die Regressrechte des anderen Bürgen beeinträchtige.

e) Rechte, die der Gläubiger durch sogenannte fiduciarische Geschäfte erworben hat, z. B. durch Cession.

f) Mehrere Solidarschuldner. Das schweizerische Bundesgericht hat es als zweifelhaft hingestellt, ob die Tatsache, dass der Gläubiger einen oder mehrere Solidarschuldner aus der Schuld entlasse, die Verletzung einer Sicherheit nach Art. 509 darstelle. In einem solchen Falle lässt sich jedoch der Bürge leicht auf andere Weise schützen. Wird nämlich ein Solidar-

---

[21]) Vgl. B.G.E. Bd. 15 No. 52 Erw. 5.

[22]) Vgl. B.G. betr. Schuldbetr. und Konkurs Art. 88 ff. B.G.E. Bd. 15 No. 66 Erw. 2.

[23]) B.G.E. Bd. 31 II No. 92 Erw. 2.

[24]) B.G.E. Bd. 20 No. 99 Erw. 8: „Der Wechsel in der Person von Mitbürgen ist allerdings für die übrigen Bürgen und die Rückbürgen insofern nicht bedeutungslos, als dadurch ihre Verpflichtung erschwert werden kann, wenn solvente Mitbürgen ausscheiden und kein genügender Ersatz eintritt. Allein dieser Nachteil hebt die Verpflichtung des Mitbürgen nicht auf; es steht demselben gegenüber dem Gläubiger lediglich die Einrede zu, dass er durch Entlassung von bei Eingehung der Bürgschaft vorhandenen Sicherheiten seine Regressrechte geschmälert habe."

schuldner durch Zahlung oder Verrechnung befreit, so zieht diese Befreiung auch die der andern mit sich und damit auch die des Bürgen;[25]) oder die Solidarschuldner können sich darauf berufen, dass durch die Entlasusng dieses einen Schuldners ihr Regressrecht verschlechtert werde.[26]) Sollte diese Einrede nicht auch dem Bürgen zustehen?

4. Der Gläubiger ist verpflichtet, sowohl diejenigen Sicherheiten, die bei der Eingehung der Bürgschaft schon bestanden, als auch diejenigen, die später erlangt wurden und ausschliesslich für die verbürgte Forderung bestanden, zu bewahren. Diese Bestimmung ist betreffend der nach der Eingehung der Bürgschaft erlangten Sicherheiten bei der letzten Revision des Gesetzes ausgedehnt worden. Nach Art. 508 des alten O.R.[27]) war bestimmt, dass der Gläubiger ausser den bei Eingehung der Bürgschaft nur die vom Hauptschuldner (also nicht auch die von Dritten) nachträglich erlangten Sicherheiten nicht zum Nachteile des Bürgen vermindern dürfe. Die neue Fassung verdankt ihre Entstehung den Anforderungen des modernen Bankverkehrs. Es wird hier nämlich nach allgemeiner Übung bei Faustpfandbestellungen das Pfand nicht nur für die spezielle Schuld, für die es gestellt wurde, haftbar gemacht, sondern überhaupt für alle Schulden des Pfandbestellers gegenüber der Bank. Es haftet also das Pfand für eine Schuld, die ausserdem noch durch eine Bürgschaft gedeckt ist. Nehmen wir den Fall an, dass der Schuldner die spezielle Schuld bezahlt habe. Gibt nun das Bankgeschäft das für diese Schuld bestellte Pfand heraus, so wird der Bürge frei, der sich für eine andere Schuld des Hauptschuldners bei der Bank verbürgt hatte und zwar auch dann, wenn der Bürge von jener Pfandbestellung niemals Kenntnis gehabt hatte. Der Antrag, die Bestimmung so auszudehnen, ging von dem Verband zürcherischer Kreditinstitute aus.[28])

---

[25]) Vgl. S.O.R. Art. 147;

[26]) Art. 149 Abs. 2 — B.G.E. Bd. 33 II No. 17 Erw. 5—7.

[27]) B.G. vom 11. Brachmonat 1881.

[28]) Vgl. hierzu Anträge und Anregungen zum Entwurf eines O.R. der Sektionen des schweiz. Handels- und Industrievereins (Zürich 1907) S. 15.

Was den Zeitpunkt der „Eingehung der Bürgschaft" anbelangt, so ist darunter der Zeitpunkt des Zustandekommens des Bürgschaftsvertrages d. h. der ausdrücklichen oder stillschweigenden Annahme der Bürgschaftsverpflichtung durch den Gläubiger.

5. In keinem Gesetzbuche finden wir eine ähnliche Bestimmung, wie sie der Art. 509 S.O.R. enthält, nämlich die, dass der Gläubiger dem Bürgen gegenüber haftbar wird, wenn er sich der vorhandenen Beweismittel entäussert. Diese Vorschrift des Art. 509 ist m. E. die logische Erweiterung der Bestimmung, dass der Gläubiger dem Bürgen, der ihn befriedigt, die zur Geltendmachung seiner Rechte dienlichen Urkunden herausgeben muss. Hätten wir nicht die Bestimmung des Art. 509, so hätte der Bürge nur Anspruch auf Urkunden, wie und soweit sie zur Zeit der Befriedigung vorhanden sind. So aber ist der Gläubiger verpflichtet, auf die Urkunden Acht zu geben und sie dem Bürgen zur Durchführung seines Regressanspruches zu erhalten. Stooss[29]) meint zwar, diese Bestimmung wäre entbehrlich mit Rücksicht auf den Art. 508.

6. Speziell berücksichtigt der Artikel in seinem 2. Absatz die Amts- und Dienstbürgschaft. Liegt eine solche vor, so hat der Gläubiger den Schuldner direkt zu beaufsichtigen. Entsteht die Schuld oder wird sie unverhältnismässig vergrössert, so ist der Gläubiger dafür verantwortlich, sofern diese Vergrösserung resp. Entstehung mangels genügender Aufsicht herbeigeführt wurde. Dieser 2. Absatz wurde erst bei der Revision aufgenommen.

7. Wie wir schon oben bemerkten, übernimmt der Gläubiger mit der Eingehung des Bürgschaftsvertrages die Verpflichtung, die mit der verbürgten Forderung verbundenen Sicherheiten zu bewahren und sich der Beweismittel nicht zu entäussern. Ihre Erfüllung kann von ihm nicht erzwungen werden. Es kann von ihm unmöglich verlangt werden, dass er irgend eine Handlung vornehme oder etwas unterlasse, damit

[29]) Stooss S. 535.

sich die Sicherheiten nicht vermindern. Der Bürge hat auch nur eine Einrede gegen den Gläubiger, um Schadensersatz zu verlangen, für den ihm durch das Tun oder Unterlassen des Gläubigers zugefügten Schaden. Dieser Schadensersatz kann natürlich den Betrag der Bürgschaftsverpflichtung in keinem Falle übersteigen; die Befreiung des Bürgen ist die einzige mögliche Folge der Pflichtversäumung des Gläubigers.

Schon die Redaktion des Art. 509 lässt erkennen, dass wir es mit einer nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu behandelnden Schadensersatzverpflichtung zu tun haben.[30]) Für die Beurteilung gelten, da es sich um eine vertragliche Schadensersatzverpflichtung handelt, die Art. 97 ff. S.O.R. Der Bürge hat darnach einerseits zu beweisen, dass der Gläubiger Sicherheiten zu seinem Nachteil aufgegeben habe und dieser wiederum kann sich von einer Schadensersatzpflicht dadurch befreien, indem er dartut, dass ihn kein Verschulden treffe. Dem Bürgen liegt es ferner ob, nicht nur den Schaden, sondern auch die Höhe desselben zu beweisen.[31])

Vollständig falsch dagegen wäre es, wenn die Befreiung des Bürgen als eine Strafe des Gläubigers angesehen würde. Dies geht schon daraus hervor, dass dem Bürgen keine Einrede zusteht, wenn der Gläubiger durch das Aufgeben von Sicher-

---

[30]) Es sei hier Gelegenheit genommen, auf die unvollkommene Sprache des S.O.R. hinzuweisen. Wir finden die beiden Ausdrücke „haften" und „verantwortlich" für die vertragliche Haftung. Wäre es bei der Revision des S.O.R. nicht endlich an der Zeit gewesen, die beiden Ausdrücke deutlich zu trennen und zwar unter „Haftung" die vertragliche Haftung zu verstehen und unter „Verantwortlichkeit" die aus aquilischem Verschulden? Besonders eklatant zeigt sich das Untereinanderbringen der beiden Ausdrücke in den Art. 445 und 446, wo einmal im Gesetzestext „haftet", in der Marginalie „Verantwortlichkeit" und umgekehrt angewendet ist. Die Redaktion des S.O.R. hätte sich an dem wunderbar geschriebenen Z.G.B. ein Beispiel nehmen können.

[31]) Vgl. hierzu B.G.E. Bd. 33 II No. 17 Erw. 7, wo es heißt: „Der Bürge hat daher den Schaden gemäss allgemeinen Rechtsgrundsätzen zu beweisen, wobei dann dem Gläubiger der Beweis offen bleibt, dass die Verursachung des Schadens nicht auf sein Verschulden zurückzuführen ist.

heiten den Regress des Bürgen nicht schmälert. Es ist, wie oben schon dargetan, lediglich eine Schadensersatzverpflichtung des Gläubigers.

8. Unter „vermindern" der Sicherheit ist vor allem jedes Aufgeben derselben, dann aber auch jede Veränderung derselben aufzufassen, die geeignet ist, ihren Deckungswert gegenüber der verbürgten Forderung herabzumindern. Der Gläubiger wird für jede Verminderung, die er verschuldet hat, sei es nun durch Handeln oder Unterlassen, haftbar gemacht werden können. Es ist die Aufgabe des Richters, in solchen Fällen unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden, ob eine Pflicht zu handeln vorlag. Anderseits darf dann allerdings die Diligenzpflicht des Gläubigers auch nicht zu stark verschärft werden; so dürfen von ihm vor allem Vorkehrungen, die ein zu grosses Risiko in sich schliessen oder einen erheblichen Aufwand von Kosten verursachen, nicht gefordert werden.

In subjektiver Hinsicht haftet der Gläubiger selbst für leichtestes Verschulden nach Art. 99 O.R., indem wir auch hier den Inhalt der Vorschrift nicht wörtlich auslegen, sondern frei und dem Sinne entsprechend interpretieren. Gerade diese Vorschrift gibt dem Richter die Möglichkeit, den Umständen und Verhältnissen entsprechend zu urteilen.

III. Abteilung.

§ 11.

Vergleich zwischen dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Schweizerischen Obligationenrecht.

Wie wir in den vorherigen Ausführungen gesehen haben, verneinen sowohl das B.G.B. als auch das S.O.R. eine allgemeine Pflicht des Gläubigers, in Behandlung der verbürgten Forderung eine gewisse Diligenzpflicht anzuwenden und lassen es bei Einzelbestimmungen bewenden. Im allgemeinen aber betrachtet, geht das S.O.R. in der Statuierung einer solchen Diligenzpflicht weiter als das B.G.B., wie es auch dem Bürgen überhaupt einen

weit kräftigeren Schutz angedeihen lässt, um ihm seinen Regress gegen den Hauptschuldner zu wahren.

Es sei hier einmal darauf hingewiesen, dass der Art. 2 des Z.G.B.: „Jedermann hat in der Ausübung seiner Rechte und in der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln", einen eminenten Einfluss auf das Verhältnis des Gläubigers zum Bürgen ausübt. Wie wir gesehen haben, lässt sich im deutschen Recht aus den §§ 157 und 242 B.G.B. mit Hilfe einer freien Interpretation der Schluss finden, dass der Gläubiger nicht in schuldhafter, gegen Treu und Glauben verstossender Weise dem Bürgen dadurch Schaden zufügen darf, dass er die diesem zustehenden Rechtswohltaten schmälert oder vernichtet. Zu dem gleichen Resultat kommen wir im schweizerischen Recht durch die Anwendung des Art. 2 Z.G.B., das sich hier, wie auch überall, in klarer und eindeutiger Weise ausspricht.

Was die spezielle Diligenzpflicht des Gläubigers gegenüber dem Bürgen anbelangt, so differieren auch hier wieder die beiden Gesetzbücher.

Im deutschen B.G.B. § 776 sind die einzelnen Rechte, die der Gläubiger nicht zum Schaden des Bürgen aufgeben darf, genau spezifiziert. Darnach wird der Gläubiger dem Bürgen für den Schaden haftbar, der entsteht, wenn er ein mit der Forderung verbundenes Vorzugsrecht, eine für sie bestehende Hypothek, ein für sie bestelltes Pfandrecht oder das Recht gegen einen Mitbürgen aufgibt.

Im S.O.R. vermissen wir eine solche Klassifizierung; wir finden nur den allgemeinen Ausdruck „Sicherheiten". Wie überhaupt im S.O.R. die Tendenz vorherrscht, den Bürgen, der für die Erfüllung einer fremden Schuld eintritt, möglichst zu schützen, so hat auch hier der Gesetzgeber diese Sicherheiten nicht näher bezeichnet um den Bürgen einen möglichst starken Schutz angedeihen zu lassen. Es soll der Gläubiger darum jedes mit der verbürgten Forderung verbundene Recht, das imstande ist, den Regress des Bürgen zu erleichtern, bewahren.[32])

[32]) Vgl. hierzu B.G.E. Bd. 26 II No. 35 Erw. 2.

Auch die Bestimmung betreffend die Veräusserung der Beweismittel hat ihren Entstehungsgrund in dem Bedürfnis, den Bürgen möglichst gegen Schaden zu bewahren. In keiner andern Gesetzgebung finden wir eine solche Vorschrift.

Es wäre nun noch die Diligenzpflicht des Gläubigers in exigendo zu betrachten und auch da finden wir eine wesentliche Besserstellung des Bürgen im S.O.R.

So hat nach schweizerischem Recht der Gläubiger im Konkurse des Hauptschuldners die Pflicht, seine Forderung im Konkurse anzumelden und den Bürgen davon zu benachrichtigen, dass über den Hauptschuldner der Konkurs eröffnet wurde. Tut er dies nicht, so wird der Bürge insoweit frei, als er dadurch Schaden gelitten hat.[33]) Nach deutschem Recht[34]) dagegen fällt eine solche Pflicht dem Gläubiger nicht zu; er hat weder die Forderung im Konkurs anzumelden, noch den Bürgen zu benachrichtigen.

Bei einer Bürgschaft auf Zeit erlischt nach S.O.R. die Verpflichtung des Bürgen, wenn der Gläubiger nicht binnen 4 Wochen nach Ablauf der Frist seine Forderung rechtlich geltend macht und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetzt.[35]) Das deutsche Recht ist hier schärfer vorgegangen. Der Bürge wird frei, wenn der Gläubiger die Einziehung der Forderung nicht „unverzüglich" betreibt und das Verfahren ohne wesentliche Verzögerung fortsetzt. Will der Gläubiger den Bürgen dann nach Beendigung des Verfahrens in Anspruch nehmen, so hat er ihm dies unverzüglich mitzuteilen.[36])

Ist die Bürgschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so wird der Bürge nach deutschem Recht in dieser Hinsicht nicht geschützt. Das S.O.R. dagegen gibt ihm auch hier ein Mittel, um sich von einer allzu langen Bürgschaftsverpflichtung zu befreien. Der Bürge kann nämlich verlangen, dass der Gläu-

---

[33]) Vgl. S.O.R. Art. 511.
[34]) Vgl. Staudinger, zu § 776.
[35]) Vgl. S.O.R. Art. 502.
[36]) Vgl. B.G.B. § 777.

biger binnen 4 Wochen nach Eintritt der Fälligkeit der Hauptschuld die Forderung rechtlich geltend mache und den Rechtsweg ohne erhebliche Unterbrechung fortsetze. Kann die Fälligkeit der Forderung durch Aufkündigung seitens des Gläubigers herbeigeführt werden, so kann der Bürge nach Ablauf eines Jahres seit Eingehung der Bürgschaftsverpflichtung verlangen, dass der Gläubiger kündige und dann wie oben vorgehe. Ein Nichtbefolgen dieser Aufforderung macht den Bürgen in beiden Fällen frei.

So sehen wir, dass einerseits beide Gesetzbücher eine allgemeine Diligenzpflicht verneinen, trotzdem aber anderseits darauf bestehen, dass im gewissen Sinne der Gläubiger zur Diligenz verpflichtet wird. Dabei ist das jüngere der beiden, das S.O.R. weiter gegangen, wohl in der Erkenntnis, welch eminente Bedeutung die Bürgschaft im heutigen Wirtschaftsleben hat und welche Gefahren sie für den Bürgen in sich schliesst.

Torgauer Druck- und Verlagshaus G. m. b. H.